

经营者侵权补充责任的若干问题

□ 朱泉鹰

(厦门大学 法学院,福建 厦门 361005)

摘要:经营者侵权补充责任的构成要件应以经营者具有合法的经营资格及经营活动为前提条件。经营者是否承担安全保障义务应具体衡量其与当事人之间的关系,不能以确定的场所来规范经营者的责任范围。过错推定不应是经营者侵权补充责任的归责原则。

关键词:侵权;补充责任;安全保障;经营者

Abstract: Operators elements of tort liability should be added to the business operator has a legal qualification and operational activities as a precondition. The operator whether to assume security duties should be specifically measured with the relationship between the parties. The business place can not be determined to regulate the operator's responsibility. Fault presumption should not be the responsibility of the operator to add the attribution principle of tort.

Keywords: tort; supplementary liability; security; operators

侵权补充责任作为侵权责任的一种特殊形态,最早产生于司法解释。最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第6条规定,从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织,未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害,安全保障义务人有过错的,应当在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。因此,经营者的侵权补充责任就是经营者在从事经营活动过程中,因过错违反安全保障义务的法律规定的,在直接侵权行为人承担损害赔偿责任之外的赔偿责任。

经营者承担侵权补充责任的法理基础在于社会活动的安全注意义务。在经营活动中,经营者对消费者或者其他进入消费场所的人均应尽到一般的安全注意,保护消费者或者其他进入消费场所的人的人身和财产不受损害,使经营者在经营交易活动过程中承担起注意和保护的责任,营造良好的消费环境、防范危险的发生、制止他人的不法侵权行为。经营者违反应当积极作为的安全保障义务,就要为受害人向直接侵权人求偿不能承担风险责任。^①尽管我国法律对经营者的经营场所及经营者的安全保障义务方面进行比较全面的规范,但大多是从经营者在经营活动中不得有侵害消费者或者其他进入消费场所的人的人身及财产行为

的角度出发进行规范。例如,《中华人民共和国消防法》第12条规定:“歌舞厅、影剧院、宾馆、饭店、商场、集贸市场等公众集聚的场所,在所有或者开业前,应当向当地公安消防机构申报,经消防检查合格后,方可所有或者开业”。公安部《高层建筑消防管理规则》规定,宾馆、饭店的走道、楼梯、出口等部位,要经常保持畅通,严禁堆放物品。国务院《营业性演出管理条例》第11条规定,设立营业性演出场所,安全设施、卫生条件必须符合国家规定标准。对于经营者防止第三人对消费者进行侵权的保障义务,除了司法解释,法律规定并不十分具体明确。《中华人民共和国消防法》第7条规定:“消费者在购买商品和接受服务时享有人身、财产不受损害的权利”。而《中华人民共和国合同法》第290条和第302条又规定,承运人应当在约定的期间或者合理期间将旅客安全运输到约定地点,承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任,但伤亡是旅客自身健康原因造成或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。前者的规定看不出经营者侵权补充责任的归责原则,后者则明确承运人对于第三人侵权而造成旅客的人身损害责任的归责原则是无过错责任。最高人民法院的司法解释明确规定了经营者侵权补充责任的过错归责原则,确定了一般情况下经营者有义务保障消费者及在消费场所当事人的人身安全,制止和防范第三人的侵权行为。

经营者违反安全保障义务所应当承担的侵权责任实际上有两种:一种是经营者因为自己在经营过程中因过错违反安全保障义务的行为而侵害受害人的人身权益,经营者应自己承担侵权责任;另一种就是补充责任,它是经营者在其应承担的安全保障义务范围内没有尽到防范、制止侵权行为所应对受害人的人身损害承担的赔偿责任。经营者承担侵权补充责任的构成要件一般认为和违反安全保障义务的直接侵权责任在构成要件上并无多少区别,就是经营者:首先,在主观上必须具有过错;其次,经营者实施了违反安全保障义务的行为,其基本方式表现为不作为,是对发生的第三人的侵权行为没有进行有效的防范或者制止;再次,相对人遭受人身损害;最后,损害后果和经营者的不作为或者作为不当之间具有因果关系。负有安全保障义务的经营者不尽安全保障义务是造成受害人人身损害的原因。尽管理论和实践上对经营者侵权补充责任的构成要件一般没有什么不同见解,但在具体构成要件中对一些问题的理解上,仍然不尽相同。在某些方面的问

题上则少有研究。

一、关于经营者的经营活动

经营者的经营活动在侵权补充责任中有两个问题:一是经营者是否要有合法的经营资格,如果经营者没有经营的合法资格,其是否有安全保障义务?二是经营者从事非法的经营活动时,是否有安全保障义务?

从经营者承担安全保障义务的根据来看,安全保障义务的性质存在不同的学说。有的认为,安全保障义务的性质是附随义务,是当事人之间因合同关系产生的附随义务。^②有的则认为将当事人之间的安全保障义务届定为合同关系是不妥当的,因为并非所有的当事人之间的关系都是合同关系。安全保障义务实际上是英美法的注意义务^③有的则认为为防止特定人遭受义务人的侵害和为防止特定人遭受第三人的侵害的安全保障义务。^④还有的观点认为经营者的安全保障义务具有多元化的特点,其既可以来源于法律的规定,也可以来缘于合同的约定。^⑤笔者认为,义务是法律要求特定人为一定行为或者不为一定行为的约束,它来源于法律的规定或者合同的约定。而基于合同约定的因为又必须符合法律的规定,义务才是合法的义务这一基础,安全保障义务的性质无疑应当是法定义务。

就经营者而言,其必须具有合法的经营资格,才可以依法从事经营活动。法律在允许经营者从事经营活动的同时,既赋予经营者经营的权利,也要求经营者承担经营活动过程中的安全保障义务,没有经营者的合法经营资格,就没有安全保障义务。因此,没有经营资格的经营人在从事经营活动过程中,因为第三人侵权导致受害人人身损害时,应当按照一般侵权责任的归责原则分配责任。无经营资格的当事人有过错的,应承担因过错产生的损害赔偿赔偿责任。

经营者因从事非法经营活动,是否具有安全保障义务?对于非法经营,有不同的理解。最高人民法院1999年颁布的《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第10条规定:“当事人超越经营范围订立合同,人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。”这一规定原则上允许经营者进行超越经营范围进行经营活动。但是,《民法通则》第42条及《公司法》第11条均规定,企业法人应当在登记的经营范围内从事经营活动。1988年颁布的《企业法人登记管理条例》第30条规定,超出核准登记的经营范围从事经营活动的,登记主管机关可以根据情况分别给予罚款、停业整顿等处罚。1994年国务院颁布的《公司登记管理条例》第71条则规定:“公司超出核准登记的经营范围从事经营活动的,由公司登记机关责令改正,并可处1万元以上10万元以下罚款;情节严重的,吊销营业执照”。尽管立法上对超越经营范围的行为是否合法存在不同的规则,但如果对消费者的消费活动确定为有效合同行为,经营者负有制止和防范第三人侵害消费者的

法定义务,那么对进入消费场所的其他非消费者来说,不能因为经营者超越经营范围而不承担对经营场所的安全保障义务。因此,法人超越经营范围的行为,如果没有违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定,其超越经营范围的行为具有法律效力,因此也应当承担安全保障义务。但如果经营者从事的经营活动违反的合同法的规定构成无效行为,这时由于其行为违反法律规定,因此不应再有安全保障的法定义务。

二、经营者承担安全保障义务的场所

经营者应当在经营场所内对消费者或者其他进入经营场所的当事人承担安全保障义务,这符合法律的规定,也为一般共识。问题是经营场所如何界定。作为商场,经营者对于进入商场购买物品或者进入商场的当事人负有安全保障义务,其安全保障义务是否包括商场外的停车场。如果以附随义务的角度来看,保障经营者提供停车场上车辆的安全也属于经营者安全保障义务的范围,那么在商场门口的准备进入商场的人是否享有安全保障的权利?有观点认为应当按照英美法的土地利益占有者或者土地占有者的概念,更容易处理实际问题。占有土地的人,对于进入土地范围的人应当承担安全保障义务。^⑥但以土地占有的范围作为安全保障义务的场所范围也有不合理之处。以银行的安全保护义务而言,如果银行保安正站在银行门口,却对银行门口自动取款机的取款人不承担安全保障义务,任由他人进行诈骗或者抢劫,者也明显与其经营宗旨及安全保障义务的目的相违背。从另一方面来说,并非所有的经营者都在固定的场所从事经营活动,对于流动性的经营活动,如摆摊设点的零售行为,我们也不好确定其经营的场所范围及安全保障义务所及的固定场所。

从经营者安全保障义务的目的来看,经营者之所以承担安全保障义务的一个重要原因,就是保护交易的安全,保护进行交易的人的人身和财产不受损害。而交易不一定在经营者确定的场所内完成,有时也在经营者占有的场所范围外的特定地方。由于交易当事人具有不确定性,进入经营场所的人不一定必须是消费的当事人,因此,对所有进入经营场所的人进行安全保障,就成为经营者的必然义务。因此,将经营者的安全保障义务届定在特定的土地占有范围,不能全面保护消费者的利益,不符合经营者安全保障义务的设立目的。

从经营者的侵权补充责任而言,它是经营者对于第三人实施的侵权行为怠于防范或者制止,而在过错基础上对于自己怠于行使安全保障义务而承担的赔偿责任。第三人的侵权行为往往是由几个相互联系的动作构成,存在着侵权行为的准备、实施等时间过程,这种侵权行为的过程发生可能都在经营场所内,也可能既发生在经营场所内,也发生在经营场所外。将经营者的安全保障义务确定在经营场所范围内,不能真正保障消费者或者权利人的权利,不能真正使经营者行使安全保障的义务。

因此,经营者安全保障义务的场所不能以固定的场地作为确

定的范围,而应从以下几方面考虑经营者是否具有安全保障义务,经营者是否履行了该义务。第一,经营者是否预见相对人正处于可能遭受他人侵害的危险之中。经营者承担安全保障义务应当在其能力范围内,经营者只有对他能够合理预见的第三人侵权可能发生的情况下,才对消费者或者其他进入消费场所的人或者可能进行交易的当事人负有谨慎的义务。这也符合过错的主观心理状况。第二,经营者是否怠于防范或者制止可能发生或者正在发生的侵害。经营者在经营活动中,对可能发生的第三者侵权,有义务进行必要的提示和保护。对正在发生的第三者侵权行为,有义务进行防范和制止,以保护相对人的人身利益不受损害。第三,经营者是否与当事人形成特殊的关系。由于经营活动并非均在固定的场所进行,对于一些摆摊设点的经营活动,经营者是否要对相对人承担安全保障义务,要看经营者是否与相对人形成交易关系。这种交易关系的衡量不应以交易是否达成为要件,而应以交易关系的可能性作为衡量标准。因此,交易中的询问、了解、洽谈、协商,都应构成经营者与相对人的特殊关系。

三、关于过错

经营者之所以承担侵权补充责任,在于其在第三人进行侵权行为时,没有尽到安全保障的义务。未尽安全保障义务的主观过错,应当包括故意和过失两种主观不良心理状态。有观点认为,违反安全保障义务人的过错性质,是未尽注意义务的过失,不包括故意。^⑦这种观点和实际情况不能符合。商场的保安人员对在商场殴打消费者的行为置之不理,我们很难将商场的这种不作为界定为过失。

有观点认为,违反安全保障义务的侵权行为适用过错推定原则。推定的事实基础,就是受害人已经证明被告的行为违反了安全保障义务。适用推定过错的理由在于行为人有违反安全保障义务的客观事实、违反安全保障义务的侵权行为是特殊侵权行为、推定过错有利保护受害人的合法权益。^⑧我们认为这种观点是不能成立的。在我国民法体系中,过错推定的法律规定是以除外条文进行规范的,在语言表现上往往以“但能够证明自己没有过错的除外”来确定过错推定。而在安全保障义务的司法解释中,法律直接规定有过错的才承担违反安全保障义务的赔偿责任,并没有以除外条款对过错进行规定。而从过错本身分析,过错的本质是一种主观的东西,是行为人所归责的主观心理状态。行为人的过错总是通过一定的行为表现出来,行为人的过错只有外化为违法行为才具有法律意义。判断行为人主观是否具有过错,往往只能通过行为人的行为来进行确定。因此,一方面,确定行为人的行为已经违反了安全保障义务,就已经确定行为人主观具有过错的不良心理状态;另一方面,却将这种已经确定为过错的行为状况还要再进行推定,将过错的行为再推定为过错,实在是没有必要。而将推定过错作为特殊侵权行为的主观特殊性,认定特殊侵权行为在主观上就必须是过错推定,则属认识偏颇。所以,经

营者的补充侵权责任仍然属于过错责任。

认定经营者是否具有承担侵权补充责任的过错,一般应从这几方面进行考虑:一是考虑经营者的预防能力;二是考虑经营者对经营场所的控制能力;三是考虑经营者的收费情况。经营者的收费项目是否包括安全保障义务是确定经营是否承担侵权补充责任的一个重要依据。以停车收费为例,物价管理部门批准的收费项目既有占地费,也有保管费。如果经营者收取的车辆停放费属于土地使用费,则车辆由于他人损害而产生的赔偿责任则不应有经营承担。另外,收费高的经营行为也应当承担更高的安全保障义务,才能平衡收益和风险的承担关系。□

参考文献:

- ①《最高人民法院司法解释小文库》编选组 编:《人身损害赔偿司法解释》[M]. 人民法院出版社,2006 年版,第 45 页。
- ②刘言浩.《宾馆对住客的保护义务》[J]. 载《法学研究》,2001 年第 3 期。
- ③麻锦亮,张丹.《论安全保障义务的性质》[J]. 载《云南大学学报》,2005 年第 5 期。
- ④王利明主编.《人身损害赔偿疑难问题》[M]. 北京:中国社会科学出版社,2004 年版,第 270 页。
- ⑤张新宝,唐青林.《经营者对服务场所的安全保障义务》[J]. 载《法学研究》,2003 年第 3 期。
- ⑥杨立新等著.《人身损害赔偿——以最高人民法院人身损害赔偿司法解释为中心》[M]. 北京:人民法院出版社,2004 年版,第 213 页。
- ⑦董正和.《第三人侵害消费者的经营者责任》[J]. 载《哈尔滨学院学报》,2004 年 10 月第 25 卷第 10 期。
- ⑧贾旭花.《经营者的安全保障义务》[C]. 载杨立新主编《侵权司法对策》,2005 年第 1、2 辑合辑,人民法院出版社,2005 年版。

作者简介:朱泉鹰,男,浙江绍兴人,1963 年生,厦门大学法学院副教授,法学硕士。

